

# Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie

*J.M. Smits\**

## 1. INLEIDING

Rechterlijk overgangsrecht: de rechtsvergelijkend en rechtstheoretisch geïnteresseerde jurist kan er zijn hart aan ophalen. De vraag of een rechter die een uitspraak doet die óók van belang is voor andere gevallen dan het voorliggende, een regeling van overgangsrecht in het leven mag of zelfs *moet* roepen, en zo ja, welke die regeling dan moet zijn, is immers in vele landen gesteld én – afhankelijk van min of meer uitgesproken visies op het karakter van recht en van rechterlijke activiteit – beantwoord. In het navolgende bespreek ik de mate waarin het rechterlijk overgangsrecht, gegeven die visies, consistent is. Ik beperk mij daarbij in hoofdzaak tot het Nederlandse materiële<sup>1</sup> recht: het bescheiden onderzoek dat ik naar de praktijk van het rechterlijk overgangsrecht verrichtte, maakte mij duidelijk dat het zelfs met die beperking niet eenvoudig is om een korte bijdrage aan dit fenomeen te wijden, laat staan dat hier plaats zou zijn voor een uitgebreide rechtsvergelijkende beschouwing.<sup>2</sup> Het door mij in deze bijdrage gestelde

\* Prof. mr. J.M. Smits is als hoogleraar Europees Privaatrecht verbonden aan de Universiteit Maastricht.

1. Over procesrechtelijk overgangsrecht (meestal de mogelijkheid voor partijen om na verwijzing hun stellingen aan te passen aan een nieuwe rechtsregel) zie J.B.M. Vranken, Asser-serie, Algemeen Deel, Zwolle 1995, nr. 252 e.v.
2. Zie daartoe de studie van Thomas Probst, *Die Änderung der Rechtsprechung*, Basel-Frankfurt 1993, waarover Winfried Veelken, *RabelsZ* 61 (1997), p. 150 e.v. Naar alle waarschijnlijkheid verschijnt binnenkort een Tilburgs proefschrift van O.A. Haazen dat is gewijd aan rechterlijk overgangsrecht in (mede) rechtstheoretisch en rechtsvergelijkend perspectief. De algemene literatuur over het rechterlijk overgangsrecht omvat O.A. Haazen, *Terugwerkende kracht in beweging?*, WPNR 6337 (1998), p. 748 e.v.; F.P. Zwart, *Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht*, NJB 1997, p. 109 e.v.; B. Wessels, *Kroniek*, NTBR 1996, p. 240 e.v.; Vranken, o.c., nr. 252 e.v.; M.V. Polak, *Omgaan en overgaan, recente rechtspraak inzake rechterlijk overgangsrecht*, WPNR 5782-5783 (1986), p. 299 e.v., 315 e.v.; W. Alexander, *Beperking van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken*, RM Themis 1986, p. 492 e.v.; M.V. Polak, *Algemene beginselen van rechterlijk over-*

omtrent de wenselijkheid van overgangsrecht overstijgt echter het Nederlandse recht: de verdienste van theoretische beschouwing is immers dat deze pretendeert universeel te zijn en aldus ook betekenis heeft voor andere rechtsstelsels dan het eigen.<sup>3</sup> Ook kon ik de verleiding niet weerstaan toch enige rechtsvergelijkende gegevens te verwerken. In het navolgende komt achtereenvolgens aan de orde waar de behoefte aan rechterlijk overgangsrecht door wordt gevoed (paragraaf 2), welke stelsels van overgangsrecht denkbaar zijn en in Nederland worden gehanteerd (paragraaf 3) en of daarin consistentie valt te ontdekken of op dit vlak mogelijk is (paragraaf 4).

## 2. RECHTERLIJK OVERGANGSRECHT

Ten behoeve van een goed begrip van de problematiek, is het goed om eerst na te gaan wanneer precies behoefte bestaat aan overgangsrecht. Die vraag wordt hier in meer algemene zin beantwoord door na te gaan in welk *type* rechtsstelsel *überhaupt* behoefte bestaat aan overgangsrecht en specifiek door te bezien waarom binnen dat type rechtsstelsel overgangsrecht soms gewenst is.

De behoefte aan overgangsrecht (hetzij afkomstig van de wetgever, hetzij van de rechter) kan slechts ontstaan in een rechtsstelsel dat de regels van het positieve recht als uitgangspunt neemt en waarin wordt erkend dat de wetgever of de rechter nieuw recht kan creëren. Aan de eerste voorwaarde is in de moderne westerse rechtsstelsels natuurlijk steeds voldaan: doordat rechtsregels worden *gegeven* door de daartoe bevoegde (doorgaans nationale) organen, kan een situatie ontstaan waarin de nieuwe regel zodanig afwijkt van de oude dat een overgangsregeling moet worden getroffen. Een dergelijk opeenvolgen van rechtsregels in de tijd is er alleen niet in een puur natuurrechtelijke opvatting: ziet men slechts als recht wat universeel (overal en altijd) zou moeten gelden, dan heeft spreken van positief, gegeven, recht weinig zin en vervalt de behoefte aan een overgangsregeling.<sup>4</sup>

gangsrecht, RM Themis 1984, p. 228 e.v.

3. Vgl. Ugo Mattei/Fabrizio Cafaggi, Comparative Law and Economics, in: Peter Newman (ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Vol. I, London 1998, p. 347.
4. Ook denkbaar is om recht in het geheel niet te zien als *regels*, maar (althans grotendeels) als cultuur. In dat geval vervalt de behoefte aan rechterlijk overgangsrecht eveneens omdat het recht zich als deel van de algemene cultuur

Aan de tweede voorwaarde is in zowel de civil law- als de common lawwereld ook voldaan. Dat de wetgever én de rechter nieuw recht kunnen creëren is in de moderne westerse samenleving onbetwist. In Nederland en andere landen van het Europese vasteland is al langer onomstreden dat de rechter niet alleen de *bouche de la loi* is, maar tevens schepper van recht. Dat de rechterlijke uitspraak in beginsel nog steeds terugwerkende kracht heeft<sup>5</sup> – en dus aangeeft hoe het recht altijd geweest is – past wel minder goed bij die taakopvatting. Terugwerkende kracht past immers bij de fictie dat de rechter slechts vaststelt wat het recht *eigenlijk* inhoudt.

In de common law-traditie komt die spanning tussen de erkenning van de rechtsscheppende taak van de rechter en de werking van de rechterlijke uitspraak nog meer aan de oppervlakte. Volgens de vanouds bestaande *declaratory theory of common law* geeft een rechterlijke uitspraak aan hoe het bestaande recht altijd geweest is en nog is. De common law is er immers *from time immemorial*. Dit impliceert dat elke rechterlijke uitspraak terugwerkende kracht heeft. Indien deze een ‘nieuwe’ regel omvat (‘overruling’), wordt de oude regel geacht nooit te hebben bestaan en wordt die dus ook niet toegepast op het voorliggende geval of op andere zaken. Zoals Blackstone het zegt:<sup>6</sup>

‘For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law’.

Dit getuigt van een striktere opvatting dan de continentale regel omdat de laatste nog wel erkent dat er vóór de nieuwe uitspraak recht was, wat in de common law traditioneel wordt ontkend. Dat impliceert dat theoretisch in het geheel ook geen behoefte bestaat aan overgangsrecht: als de vroegere regel geen recht was, is er ook geen overgang.

langzaam aanpast aan veranderende ontwikkelingen. Voor een uitdagend perspectief op recht als cultuur zie recent Pierre Legrand, *Le Droit Comparé*, Paris 1999.

5. Voor deze declaratoire werking P. Scholten, *Asser-serie, Algemeen Deel*, 3de dr., Zwolle 1974, p. 137, die naar aanleiding van het omgaan van de Hoge Raad in HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen) opmerkt ‘dat het nieuwe jurisprudentie-recht het oude er aan voorafgaande niet als recht erkent, dat dus van opvolging, en dientengevolge van begrenzing, geen sprake is’.
6. Blackstone’s *Commentaries* I, p. 70, geciteerd bij Alain Verbeke, *Elementen van Anglo-Amerikaans recht*, Antwerpen-Apeldoorn 1994, nr. 149.

Evenmin komt naar Nederlands recht – zoals meer in Engeland gebeurt<sup>7</sup> – veel voor dat juist vanwege de consequenties van terugwerkende kracht van de rechterlijke uitspraak de rechter afziet van overruling. Zoals nog zal blijken, is de praktijk overigens ook in de Anglo-Amerikaanse wereld soms sterker dan de leer en heeft de rechter ook daar een methode ontwikkeld om toch overgangsrecht te creëren (het bekende *prospective overruling*). Kennelijk is de behoefte aan een overgangsrechtelijke regeling soms sterk. Vanwaar die behoefte? Waarom kan niet steeds worden volstaan met volledige terugwerkende kracht van de rechterlijke uitspraak? Dat is de vraag naar de specifieke bestaansgrond voor rechterlijk overgangsrecht.

Waarom leidt erkenning van de rechtsvormende taak van de rechter dan tot de noodzaak van een rechterlijk overgangsrecht? Dit hangt hiermee samen dat de (hoogste) rechter twee deels tegenstrijdige functies in zich verenigt. Enerzijds voelt hij zich geroepen om het bestaande recht op een bepaald punt te wijzigen in zijn hoedanigheid van gever van een algemene regel voor de toekomst, anderzijds heeft hij er rekening mee te houden dat wijziging van recht in strijd kan komen met de verwachtingen van diegenen die vertrouwen op de huidige stand van het recht (hoe weinig juist die stand wellicht ook is). Tot die laatsten behoren meestal ook de partijen in het bij de rechter aanhangige geschil. Deze laatste functie vervult de rechter in zijn hoedanigheid van beslisser van het concrete geschil, niet in het belang van het recht maar in dat van het recht van partijen.<sup>8</sup> De nieuwe rechterlijke opvatting vraagt dus om erkenning, de rechtszekerheid vraagt om behoedzaamheid.<sup>9</sup>

Dat de Nederlandse Hoge Raad – gegeven zijn taak in het staatsbestel en art. 12 Wet AB – een regeling van overgangsrecht *kan* treffen, is inmiddels onomstreden.<sup>10</sup> Het past in de erkenning van rechtspraak als gezagsfactor met als eerdere stappen het door de Hoge Raad openlijk vergelijken van een eigen eerdere uitspraak met de in

7. Vgl. Polak, RM Themis, o.c., p. 253.

8. Zie W.H. Heemskerk in zijn noot bij NJ 1982, 503, nr. 3.

9. Vgl. Ch.P.A. Geppaart, Rechterlijk overgangsrecht, WFR 1992, p. 1051.

10. Dat de rechter geen regeling kan treffen, meent nog L.D. Pels Rijcken, Rechtszekerheid, Assepoester van rechtsvindingstheorieën, Non sine causa, Zwolle 1979, p. 314. In Engeland wordt het argument dat slechts de wetgever dit kan nog altijd gebruikt als argument tegen *prospective overruling*; zie Polak, o.c., p. 253.

casu gegeven,<sup>11</sup> het expliciet aangeven dat en waarom wordt omgegaan<sup>12</sup> en het geven van zeer algemene regels als die over de verkeersaansprakelijkheid.<sup>13</sup> Vanaf 1981<sup>14</sup> heeft de Hoge Raad ook diverse malen zelf een overgangsregeling gegeven op het terrein van het materieel privaatrecht. De uitspraken waarin dit is gebeurd (of juist niet is gebeurd waar dit wellicht wel had gemoeten), worden in de volgende paragraaf besproken.

### 3. VIER STELSELS VAN OVERGANGSRECHT

In deze paragraaf wordt nagegaan in hoeverre de Nederlandse rechter in geval van een grondleggende uitspraak bereid is om een overgangsregeling te treffen. Doel van dit overzicht is om inzicht te krijgen in de mate waarin dit consequent of op consistente wijze geschiedt. Indien de rechter (al dan niet expliciet) *nalaat* om een regeling te treffen, kan dat uiteraard evenveel zeggen als wanneer hij *wel* een regeling geeft. Uit mijn overzicht blijkt dat terugwerkende kracht (dat wil zeggen in het geheel geen aandacht voor overgangsrecht) in de overgrote meerderheid van grondleggende uitspraken aanwezig is.

Ten aanzien van de wijzen waarop het overgangsrecht kan worden geregeld, bestaan in hoofdzaak vier verschillende stelsels. Het leidende beginsel bij opvolging van wettelijke regels is de onmiddellijke werking (3.1), het traditionele stelsel voor rechterlijke uitspraken is de terugwerkende kracht van de nieuwe regel (3.2) en een derde stelsel is dat van de eerbiedigende werking (3.3). Ten slotte bestaat het stelsel van de uitgestelde werking (3.4). Met deze indeling wordt deels aangesloten bij de beginselen van het wettelijk overgangsrecht,<sup>15</sup> zij

11. HR 25 februari 1932, NJ 1932, 301 (Loonbeslag).

12. HR 7 maart 1980, NJ 1980, 353 (Stierkalf).

13. Bijv. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink). Over deze ontwikkeling in Europees perspectief zie J.M. Smits, Europees privaatrecht in wording, Antwerpen-Apeldoorn 1999, p. 111. De Hoge Raad wijkt soms echter ook terug voor het functioneren als wetgever-plaatsvervanger: zie bijv. HR 13 december 1973, NJ 1975, 130 en HR 17 januari 1997, NJ 1997, 483 (Notaris P.).

14. HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 (Pensioenverrekening).

15. Daarentrent, met name geïnspireerd door de Overgangswet Nieuw BW, o.a. H.L. van der Beek, Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer 1992; C.L. de Vries Lentsch-Kostense, Overgangsrecht, Mon. NBW A-25, Deventer 1992; B. Wessels, Overgangsrecht nieuw BW in kort bestek, 2e dr., Lelystad 1990. Grondlegend L.J. Hijmans van den Bergh, Opeenvolgen van rechtsregels, diss. Utrecht 1928 en zijn andere publicaties, waarover Polak, o.c., p. 245 e.v. (met

het dat deze in geval van rechterlijke activiteit wel deels een eigen invulling krijgen.

### *3.1 Onmiddellijke werking*

Een eerste mogelijkheid is dat de rechter de nieuwe regel onmiddellijk (vanaf de datum van de rechterlijke uitspraak), niet eerder en niet later, laat werken.<sup>16</sup> Zoals bekend is dit beginsel voor het wettelijk overgangsrecht als leidend neergelegd in art. 68a Overgangswet Nieuw BW en is het sowieso bij opvolging van wettelijke regels het heersend beginsel,<sup>17</sup> zij het dat de redelijkheid en billijkheid toepassing onaanvaardbaar kunnen maken (art. 75 Ow). Gaat het om rechtersrecht, dan betekent onmiddellijke werking dat de gegeven nieuwe regel pas werkt vanaf het moment dat deze is gegeven. Deze uitzondering op het beginsel van terugwerkende kracht van de rechterlijke uitspraak treft men niet veel aan in de civiele rechtspraak van de Hoge Raad.

Het meest bekende voorbeeld is het Pensioenverrekening-arrest.<sup>18</sup> In 1981 bepaalde de Hoge Raad dat het pensioenrecht van een der echtgenoten moet worden verrekend bij de verdeling van de gemeenschap. Hiermee werd teruggekomen op de oude regel uit 1959, doch dat betekende geen aantasting van verkregen rechten. De nieuwe regel werd slechts toegepast op het geval in casu en voor toekomstige gevallen met de volgende motivering:

‘Aangenomen moet worden dat sindsdien vele huwelijksgemeenschappen zijn verdeeld zonder dat met pensioenrechten als de onderhavige rekening is gehouden, hetgeen in beginsel aanleiding zou kunnen zijn tot een vordering (...). De eisen van redelijkheid en billijkheid zullen echter in verband met het belang van de rechtszekerheid in de regel meebrengen dat in deze gevallen een zodanige vordering – die de wederpartij niet meer behoefde te verwachten – thans niet meer geldend gemaakt kan worden.’

In een ander geval over pensioenrechten was de vraag of onder het recht van vóór de invoering van de Wet verevening pensioenrechten 1995 aanspraak bestond op een deel van het ouderdomspensioen van de andere echtgenoot indien partijen – in uitsluiting van iedere gemeenschap gehuwd – een verdeling afspraken van hetgeen jaarlijks

vermelding van verdere literatuur).

16. Wessels, o.c., p. 14; De Vries Lentsch, o.c., p. 7.

17. Aanwijzing 166 bij de Aanwijzingen voor de regelgeving (1993).

18. HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 (Pensioenverrekening). Juichend hierover H.C.F. Schoordijk, WFR 1982, p. 237 e.v.

van hun zuivere inkomsten onverteerd is overgebleven. Dit was volgens de Hoge Raad niet het geval omdat dan<sup>19</sup>

‘voor het thans niet meer geldende recht achteraf toch nog voor een belangrijke groep van gevallen stelselmatig een ingrijpende inbreuk zou moeten worden aangenomen op het tussen partijen gekozen huwelijksgoederenregime.’

In beide bovenstaande gevallen kiest de Hoge Raad kennelijk voor onmiddellijke werking omdat terugwerkende kracht in een groot aantal gevallen reeds ontstane verwachtingen zou frustreren. Deze motivering speelde ook in een aantal zaken over de ongelijke salariele behandeling van gehuwde en ongehuwde leerkrachten op Curaçao. De Hoge Raad oordeelde deze discriminatie in 1993 ongeoorloofd.<sup>20</sup> Betekende dit dat ongehuwde werknemers het verschil tussen hun salaris in de jaren vóór 1993 en dat van hun gehuwde collega's konden vorderen? Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba geeft een regel van overgangsrecht die door de Hoge Raad<sup>21</sup> niet cassabel wordt geacht:

‘Met aanspraken betrekking hebbende op eerdere perioden zullen werkgevers en werknemers, gezien de toenmalige stand van de rechtsontwikkeling en toen geldende maatschappelijke inzichten, destijds in de meeste gevallen ook in financiële zin geen rekening hebben gehouden. (...) Slechts bij uitzondering, zoals bijvoorbeeld het geval waarin de werknemer zijn aanspraken reeds aan de werkgever kenbaar heeft gemaakt (...), zal het voorgaande anders kunnen zijn.’

In een soortgelijke zaak<sup>22</sup> werd het cassatiemiddel tegen het arrest van het Hof (dat had overwogen dat partijen geen rekening hadden gehouden met de aanspraak omdat de werkgever geen reserveringen had gedaan en de werknemer zijn leven niet had ingericht naar het hogere salaris) ook verworpen en overwoog de Hoge Raad:

‘Wanneer een fase in de rechtsontwikkeling wordt afgesloten doordat bij rechterlijke uitspraak in hoogste ressort een rechtsregel wordt geformuleerd die voordien in de praktijk (nog) niet als geldend recht werd beschouwd, kan zulks op één lijn worden

19. HR 31 mei 1996, NJ 1996, 686 (Venetiaans huwelijk).

20. HR 7 mei 1993, NJ 1995, 259 (Mathilda/RK Schoolbestuur).

21. HR 30 september 1994, NJ 1995, 260 (Sint Elisabeth Hospitaal/Anterslijn), waarover ook F.P. Zwart, Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht, NJB 1997, p. 112 e.v. ; vgl. HR 28 mei 1999, NJ 1999, 816 (Nassy/Curaçao).

22. HR 10 mei 1996, NJ 1996, 643 (Cijntje/Protestants Nijverheidsonderwijs).

gesteld met het tot stand komen van een nieuwe rechtsregel. In beide gevallen kan het een eis van redelijkheid en rechtszekerheid zijn dat bij wege van een overgangsvoorziening terugwerkende kracht van de desbetreffende rechtsregel wordt uitgesloten.’

Deze beide uitspraken bevestigen het oordeel dat onmiddellijke werking gewenst is waar de verwachtingen van grotere groepen anders worden beschaamd. Toch is de Hoge Raad niet steeds bereid om dan ook een overgangsregeling te treffen. Of een onwettig en niet-erkend kind dat in een relatie van *family life* staat tot zijn vader, recht heeft op de nalatenschap, vereist volgens de Hoge Raad een rechtspolitieke keuze, een terugkomen op eigen rechtspraak én beantwoording van een vraag van overgangsrecht.<sup>23</sup>

‘Daarbij kunnen ook vragen rijzen van bescherming van derden of van bepaalde groepen van derden, die ter wille van de rechtszekerheid beantwoording verdienen eer een zodanige regel voor toepassing in aanmerking komt.’

Deze motivering bevestigt de reden waarom de Hoge Raad afziet van terugwerkende kracht. Vraag is uiteraard of er dan niet meer gevallen zijn waarin het geven van een nieuwe regel de bestaande verwachtingen van grotere groepen betrokkenen beschaamt. Ik kom daarop nog terug (zie par. 4).<sup>24</sup>

### 3.2 *Terugwerkende kracht*

Wordt terugwerkende kracht verleend aan een nieuwe wet of regel van rechtersrecht, dan geldt de nieuwe wet of regel niet alleen vanaf de inwerkingtreding, maar ook voor de periode ervoor.<sup>25</sup> Al bestaande rechtstoestanden worden door de nieuwe regel getroffen. In het wettelijk overgangsrecht bij het nieuw BW wordt deze regel weinig toegepast.<sup>26</sup> Wanneer – zoals gebruikelijk – wordt gesteld dat de rechterlijke uitspraak terugwerkende kracht heeft,<sup>27</sup> dan wordt daarmee

23. HR 17 januari 1997, NJ 1997, 483 (Notaris P.).

24. Bekende gevallen van onmiddellijke werking in de Europese rechtspraak zijn HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, NJ 1976, 455 (Defrenne II) en EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462 (Marckx).

25. Wessels, o.c., p. 15; De Vries Lentsch, o.c., p. 8.

26. Vgl. Wessels, o.c., p. 15, 35.

27. Dat dit de hoofdregel is, wordt echter betwist door A-G Franx in zijn conclusie bij NJ 1986, 723; vgl. J. de Boer, Ongelijke ‘overruling’, NJB 1992, p. 856 (vooral noot



bedoeld dat de nieuwe algemene regel inderdaad aangeeft hoe het recht 'altijd geweest is' (anders dan bij onmiddellijke werking), doch dat uiteraard *al definitief verkregen rechten* blijven bestaan. Ik gebruik de terugwerkende kracht verder in die betekenis.

Indien de rechter geen regel van overgangsrecht geeft, heeft de door hem gegeven nieuwe regel dus steeds terugwerkende kracht. Gegeven de ingrijpende consequenties hiervan, is het opmerkelijk dat de Hoge Raad in standaardarresten maar hoogst zelden aandacht besteedt aan het overgangsrecht terzake van zijn nieuwe regel. In algemeen als grondlegend aangemerkte uitspraken als Blaauboer/Berlips,<sup>28</sup> Lindenbaum/Cohen,<sup>29</sup> Quint/Te Poel,<sup>30</sup> Keldersluik,<sup>31</sup> Saladin/HBU<sup>32</sup> en meer recent Plas/Valburg<sup>33</sup> (waarin de regel uit 1983 werd toegepast op een geval uit 1975), Sogelease<sup>34</sup> en Wrongful birth<sup>35</sup> ontbreekt iedere verwijzing naar een overgangsregeling hoewel de uitspraak vrijwel steeds van belang lijkt voor aanzienlijk meer gevallen dan het geval in casu.

Standaardarresten waarin men zeker een rechterlijke overgangsregeling zou hebben verwacht, zijn bijvoorbeeld Gielen/Assuradeuren<sup>36</sup> en een recente uitspraak over de aanzegging van de wettelijke rente.<sup>37</sup> In het eerste arrest werd de spontane mededelingsplicht van de verzekerde terzake van art. 251 K. over een eigen strafrechtelijk verleden afgeschaft. Ondanks het betoog van de A-G Biegman-Hartogh bevatte het arrest geen passage over overgangsrecht, zodat de nieuwe regel ook gold voor de verzekeringen gesloten vóór de datum van het arrest zonder dat de verzekeraar zich daarop

8).

28. HR 3 maart 1905, W 1905, 8191.

29. HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161.

30. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

31. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.

32. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (in casu een invulling van de onrechtmatigheid uit 1967 voor een geval van aan- en verkoop van aandelen uit 1958).

33. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg).

34. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119. Vgl. B. Wessels, Kroniek, NTBR 1996, p. 241, die meent dat hier ten onrechte geen overgangsregeling werd getroffen.

35. HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145.

36. HR 18 december 1981, NJ 1982, 570 (Gielen q.q./Assuradeuren).

37. HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508 (rente-aanzegging). J.B.M. Vranken benadrukt in zijn noot de grote behoefte aan rechterlijk overgangsrecht.

had kunnen instellen.<sup>38</sup> In het tweede, zeer bekritiseerde, arrest achtte de Hoge Raad de aanzegging van de wettelijke rente onder het recht van vóór 1 januari 1992 wel nodig, daarmee met terugwerkende kracht een beroepsaansprakelijkheid voor advocaten creërend.

Een opvallend staaltje van terugwerkende kracht gaf de Hoge Raad ook ten beste in het DES-arrest.<sup>39</sup> De Hoge Raad paste art. 6:99 BW (ingevoerd in 1992) toe als geldend recht voor de periode van 1953 tot 1967 en later omdat dit al een neerslag zou zijn van de toen geldende rechtsopvattingen (doch leidend tot samenlopende en niet tot hoofdelijke aansprakelijkheid) nu het Ontwerp Meijers uit 1961 de regel al bevatte en deze niet in parlement of daarbuiten overstreden was. Enige behoefte aan overgangsrecht zou dan niet bestaan.<sup>40</sup>

De meest opvallende toepassingen van de terugwerkende kracht van nieuwe rechtsregels worden echter geleverd door de arresten over verkeersaansprakelijkheid.<sup>41</sup> Zoals bekend ziet de uitleg door de Hoge Raad van art. 185 (ex 31 VWW) steeds op gevallen die zich ruim voor het wijzen van het arrest voordeden. Nadat in 1991<sup>42</sup> nog 75% eigen schuld voor een racefietser was aangenomen, werd in 1992 het fundamentele IZA/Vrerink<sup>43</sup> gewezen over een geval uit 1984. Spier stelt terecht dat dit onbevredigend is.<sup>44</sup> Hij wijst er ook op dat in het arrest Frank Holsteijn uit 1986<sup>45</sup> een beroep op overmacht nog mogelijk was voor de automobilist; in het arrest Marbeth van Uitregt uit 1991<sup>46</sup> wordt het verworpen, hoewel het geval speelde in dezelfde periode als die van het Holsteijn-arrest. En wanneer de Hoge Raad in Anja Kellenaers uit 1993 (over een geval uit 1985) uitmaakt dat de zwakke verkeersdeelnemer *ten minste* een aanspraak heeft op 50%

38. Vgl. de noot van B. Wachter, sub 11, onder het arrest (kritisch over de mogelijkheid van prospective overruling).

39. HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535.

40. Vgl. Brunner in zijn noot, sub 2, onder het arrest, die spreekt van 'retrospectieve anticipatie'.

41. Vgl. J. Spier, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, preadvies NJV, Handelingen NJV 1996-I, p. 45 e.v. en O.A. Haazen, o.c., p. 748 e.v.

42. HR 24 mei 1991, NJ 1991, 506 (Kodde/Dekker).

43. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink).

44. Spier, o.c., p. 228 e.v.

45. HR 23 mei 1986, NJ 1987, 482.

46. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721.

van de geleden schade, is dat naar zijn oordeel geen terugkeer van IZA/Vrerink, maar een consequentie van dat arrest 'zoals dit moet worden verstaan'.<sup>47</sup> Ten slotte noem ik het recente arrest Virgilius Berkhof,<sup>48</sup> waarin een ongeval plaatsvond in 1976 en de Hoge Raad in 1998 uitspraak doet naar de dan geldende normen.<sup>49</sup>

### 3.3 Eerbiedigende werking

Onder de vigeur van dit beginsel worden alle bestaande rechten geëerbiedigd: de nieuwe regel geldt niet voor de bij de inwerking-treding reeds bestaande rechten en feiten.<sup>50</sup> Deze regel van eerbiediging van oud recht is door mij zojuist geïntegreerd in de regel van terugwerkende kracht. Ik besteed er hier verder geen aandacht aan.

### 3.4 Uitgestelde werking

Ten slotte is er het regime van de uitgestelde werking: in dit geval geldt de nieuwe regel al wel, maar deze wordt pas na enige tijd effectief toegepast. Doel hiervan is in het wettelijk overgangsrecht meestal om partijen de gelegenheid te bieden om hun contracten etc. aan te passen.<sup>51</sup> Indien *de rechter* uitgestelde werking verleent aan zijn regel, spreekt men meestal van prospective overruling. Ook dan handhaaft de rechter zijn oude standpunt in het voorliggende geval, maar kondigt hij aan om in de toekomst een nieuw standpunt te zullen volgen. De belangrijkste Nederlandse pleitbezorger van deze methode was J. Drion;<sup>52</sup> Heemskerk formuleert echter als het belangrijkste bezwaar<sup>53</sup> tegen deze methode:<sup>54</sup>

47. HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 (Anja Kellenaers). Dit 'verstaan' was in strijd met de algemene opinie onder rechtsgeleerde schrijvers; vgl. Brunner in zijn noot onder het arrest.

48. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 895 (Virgilius Berkhof).

49. Vgl. echter gematigd positief Haazen, o.c., p. 748 e.v. Zie over de 'aansprakelijkheid met terugwerkende kracht' ook Michael Faure, Is aansprakelijkheid 'met terugwerkende kracht' efficiënt en verzekeraar?, A&V 1998, p. 1 e.v.

50. Wessels, o.c., p. 13; De Vries Lentsch, o.c., p. 7; vgl. art. 69 Ow.

51. Wessels, o.c., p. 15.

52. J. Drion, *Stare decisis*, 1950, in: *Verzamelde Geschriften*, Deventer 1968, p. 167. Hij is daarin onder meer gevolgd door H.U. Jessurun d'Oliveira, *De meerwaarde van rechterlijke uitspraken*, 1973, p. 43, en voor in het bijzonder het belastingrecht door H.C.F. Schoordijk, *WFR* 1982, p. 237 e.v. en Ch.J. Langereis, *Over de voorspelbaarheid van het fiscale recht*, *FED* 1989, p. 1425 e.v.

53. R.J.P. Kottengagen, *Van precedent tot precedent*, Arnhem 1986, p. 285 e.v. noemt

‘Omgaan voor de toekomst en niet voor het verleden zal in veel gevallen wenselijk zijn, maar om de partijen in het concrete geval naar huis te sturen met een op de oude leest geschoeide beslissing en met de mededeling dat de nieuwe, in brede kring verdedigde en met de jongste maatschappelijke ontwikkelingen in overeenstemming zijnde leer nu door het hoogste rechtscollege is aanvaard, maar alleen voor anderen zal gelden, is wel erg onbevredigend.’

In de Verenigde Staten – waar de methode van het prospective overruling is ontwikkeld – wordt deze zeer terughoudend toegepast; voorwaarde is sowieso dat sprake is van ‘an entirely new rule’.<sup>55</sup> De Nederlandse Hoge Raad past de methode in civiele zaken evenmin veel toe. Het belangrijkste voorbeeld (uit het internationaal privaatrecht) is de uitspraak over de Haagse Italianen<sup>56</sup> over het toepasselijke huwelijksgoederenregime in geval van een huwelijk gesloten onder het later buiten werking gestelde Haagse Huwelijksgoederenverdrag 1905.

‘De rechtszekerheid zowel tussen echtgenoten onderling als ten aanzien van derden zou in het gedrang komen, indien na jaren zou blijken, dat een nieuwe collisieregels moet worden toegepast, welke tot andere rechtsgevolgen zou kunnen leiden dan die waarop men aan de hand van de oude regel had mogen rekenen.’

Dit impliceerde dat noch op oude gevallen, noch op dat in casu, de nieuwe regel werd toegepast. Andere gevallen van uitgestelde werking van de nieuwe regel worden vooral gefourneerd door het belastingrecht<sup>57</sup> en het sociaal verzekeringsrecht.<sup>58</sup> Ook daar is reden-

nog andere bezwaren, o.a. dat de rechter op het terrein van de wetgever treedt (zie echter boven, par. 2) en dat de rechter minder flexibel kan inspelen op maatschappelijke ontwikkelingen.

54. W.H. Heemskerk in zijn noot onder NJ 1982, 503.

55. Vgl. De Boer, o.c., p. 855 en de rechtspraak genoemd in de noot van B. Wachter bij NJ 1982, 570. Zie meer recent Roger J. Traynor, *Quo Vadis, Prospective Overruling*, Hastings LJ 50 (1999), p. 771 e.v.

56. HR 27 maart 1981, NJ 1981, 335 (Haagse Italianen). Vgl. HR 10 december 1976, NJ 1977, 275 (Chelouche/Van Leer).

57. Met name HR 13 november 1991, BNB 1992, 109 en HR 18 december 1991, BNB 1992, 181. De Hoge Raad stelt dat belanghebbende het oude stelsel van winstberekening mag volgen tot zij rekening kan houden met het arrest, ‘welk tijdstip kan worden gesteld op 1 januari 1992’. Hierover Geppart, o.c., p. 1051; I.J.J. Burgers, *De dynamiek van goed koopmansgebruik en prospective overruling*, WFR 6023 (1992), p. 1231 e.v.

gevend dat onmiddellijke invoering van de regel belanghebbenden niet in staat stelt om rekening te houden met hun nieuwe rechtspositie. In het belastingrecht komt zelfs overruling ‘onder opschortende voorwaarde’ (de rechter gaat niet om, maar kondigt aan dat te doen indien de wetgever nalaat een wettelijke regeling te treffen) voor.<sup>59</sup>

#### 4. OP ZOEK NAAR CONSISTENTIE

Ten aanzien van de vraag naar de consistentie van het rechterlijk overgangsrecht dienen twee vragen te worden onderscheiden. De eerste is of in bovenstaande uitspraken van de Hoge Raad reeds enige consistentie is aan te treffen. De tweede vraag luidt of criteria kunnen worden ontwikkeld die een dergelijke consistentie bewerkstelligen. Hier komen deze feitelijke en normatieve vraag achtereenvolgens aan de orde.

Is in de bovenstaande uitspraken enige lijn te ontdekken? Dit zou het geval zijn indien de hoofdregel van terugwerkende kracht van een nieuw gegeven regel steeds in eenzelfde type gevallen heeft te wijken voor hetzij onmiddellijke werking, hetzij uitgestelde werking en in geval van toepassing van de laatste met kracht van dragende argumenten wordt gekozen voor een bepaalde datum vanaf wanneer de nieuwe regel geldt.

Aan deze eisen lijkt naar Nederlands recht in het geheel niet te zijn voldaan. Waarom in het Pensioenverrekening-arrest en in het Venetiaans huwelijk wél reden zou bestaan voor onmiddellijke werking omdat ‘de eisen van de redelijkheid en billijkheid’ dat ‘in verband met het belang van de rechtszekerheid’ eisen omdat belangrijke groepen van gevallen anders in hun verwachtingen worden gefrustreerd, en dit anders is in bijvoorbeeld Gielen/Assuradeuren, is moeilijk in te zien. De groep van in gemeenschap van goederen gehuwden waarbij één der echtgenoten pensioen heeft opgebouwd is ongetwijfeld groter dan die van verzekeraars die hebben gecontracteerd met ex-veroordeelden, maar dat rechtvaardigt op zichzelf niet een verschillende behandeling. Waarom ook wél

58. Bijv. CRvB 4 oktober 1985, RSV 1986, 21 en CRvB 13 november 1986, AB 1987, 456.

59. Zie Peter Wattel, Conditional prospective non-overruling, alsmede judgment-driven legislation, NJB 1990, p. 528.

uitsluiting van terugwerkende kracht in Mathilda/RK Schoolbestuur en niet in de verkeersaansprakelijkheid-arresten? Dat de groep getroffen (resp. de ongehuwde leerkrachten op Curaçao en de zwakke verkeersdeelnemers van vóór 1992 of 1993) in dit opzicht wezenlijk anders is, vermag ik niet in te zien. Ten aanzien van de prospective overruling is onvoldoende rechtspraak beschikbaar om een oordeel over de consistentie van die uitspraken in onderling verband te geven. Het ontbreken van een lijn verbaast ook niet waar de Hoge Raad kennelijk zelf geen visie heeft op de vraag wanneer vertrouwen op bestendige rechtspraak bescherming verdient of niet.<sup>60</sup> Een lijn in de rechtspraak over rechterlijk overgangsrecht ontbreekt overigens niet alleen in Nederland. Ook in de Verenigde Staten zijn de beslissingen weinig consistent.<sup>61</sup>

Kunnen dan criteria worden ontwikkeld voor een meer consistent rechterlijk overgangsrecht? Het meest uitgesproken voorstel hieromtrent is afkomstig van Vranken. Hij bepleit – bij afwezigheid van duidelijkheid over de inhoud van een overgangsregeling<sup>62</sup> – adoptie door de rechter van het wettelijk stelsel van overgangsrecht zoals dat geldt op grond van de Overgangswet Nieuw BW. Dat impliceert onmiddellijke werking met uitzonderingen die vergelijkbaar zijn met die van art. 69 Ow en een algemene redelijkheidstoetsing als die van art. 75 Ow.<sup>63</sup> Polak bepleitte eerder een aansluiting bij de Anglo-Amerikaanse ervaringen<sup>64</sup> (die echter niet eenduidig zijn) en een degradatie van de hoofdregel van terugwerkende kracht tot uitzondering.<sup>65</sup>

Ik zelf zou willen differentiëren met als uitgangspunt de eerder genoemde dubbele – en deels tegenstrijdige – functie van de rechter in het huidige staatsbestel (en daarmee de aard van de zaak), de aard van de rechtsverhouding en de aard van de nieuwe regel. Dat de hoogste

60. Zie HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723, waarin de Hoge Raad in het midden laat ‘onder welke omstandigheden vertrouwen dat de hoogste rechter bij een bepaalde rechtsopvatting zal blijven volharden, bescherming verdient’.

61. Vgl. G. Edward White, *The American Judicial Tradition*, p. 361 (geciteerd in de noot van B. Wachter bij NJ 1982, 570): ‘the court showed little coherence either on rationales for prospective application or on the appropriate cut-off dates’.

62. Vgl. Vranken in zijn conclusie bij NJ 1996, 643, nr. 16.

63. Vranken, *Algemeen Deel*, o.c., nr. 254.

64. Polak, o.c., p. 228 e.v.

65. Polak, o.c., p. 250.

rechter zowel een rechtvaardige uitkomst in het gegeven geval heeft te bereiken als zich soms geroepen voelt een algemene regel te geven, impliceert dat de aard van de zaak deels bepalend is voor de vraag of een overgangsregeling moet worden getroffen. In een zaak waarin een grotere groep belanghebbenden dreigt te worden gefrustreerd in hun verwachtingen, is er meer reden voor het aannemen van onmiddellijke werking van de nieuwe regel dan indien de rechter meer in zijn functie van beslisser van het concrete geschil optreedt. In dat laatste geval verzet weinig zich tegen terugwerkende kracht; dat is zelfs beter omdat daarmee precies wordt aangegeven waarom het gaat: een uitleg van een *bestaande* regel zoals die ‘eigenlijk’ begrepen moet worden.

Een tweede factor van betekenis is de aard van de rechtsverhouding. Uit het voorafgaande bleek dat de Hoge Raad geneigd is eerder een regeling van overgangsrecht te treffen in het belastingrecht en sociaal zekerheidsrecht dan in het privaatrecht. Dat verbaast niet: in het publiekrecht – bij uitstek recht in een *ongelijke* verhouding waarbij de burger mag vertrouwen op bestendiging van recht dat hem eenzijdig wordt opgelegd – betekent verandering van recht welhaast automatisch een inbreuk op de rechtszekerheid indien daaraan terugwerkende kracht wordt verleend. In het meest pregnante deel van het publiekrecht, het strafrecht, is dit zelfs zozeer het geval dat terugwerkende kracht wettelijk is uitgesloten (vgl. art. 16 Grondwet en art. 1 Wetboek van Strafrecht). Kortweg geldt dat hoe meer de rechtsverhouding is gevormd door uitoefening van partij-autonomie, hoe minder ingrijpend terugwerkende kracht van de nieuwe regel is. Partijen zijn dan immers zelf reeds in staat om hun verhouding vorm te geven.<sup>66</sup>

Ten slotte is de aard van de nieuwe regel van belang. Ik noem in dit verband twee aspecten. Indien de nieuwe regel bescherming van een zwakkere partij beoogt (zoals in de arresten over verkeersaansprakelijkheid), bestaat aan overgangsrecht minder behoefte. Slachtofferbescherming gaat dan boven het belang van de bescherming van verwachtingen van derden. Van groot belang is ook of de regel geschikt is om gedrag te beïnvloeden. Dit is niet het geval bij regels die min of meer universeel zijn aanvaard (zoals het beginsel

66. Zie voor deze gedachte Burgers, o.c., p. 1231 e.v. Voor de idee dat het belastingrecht zich juist niet leent voor prospective overruling, zie de noot van B. Wachter bij NJ 1982, 570.

van contractvrijheid of van de plicht schade te vergoeden bij onrechtmatig gedrag). Zelfs indien regels van dit type worden gewijzigd, valt daarvan een verandering van het gedrag van betrokkenen niet te verwachten. Enige overgangsregeling is niet nodig. Dit ligt anders bij regels waarvan wel een grote gedragsverandering valt te verwachten (zoals bijvoorbeeld meer technische regels in het procesrecht over termijnen, etc.). Dergelijke regels moeten wel gepaard gaan met een regeling van overgangsrecht; terugwerkende kracht lijkt uitgesloten omdat justitiabelen bij uitstek vertrouwen op handhaving van de (vaak arbitraire) keuze die in het verleden is gemaakt.

De hier bepleite topische benadering van het rechterlijk overgangsrecht stelt ons in staat om te differentiëren tussen verschillende soorten gevallen en rechtsgebieden. Ik ben geen voorstander van een rigoureuze keuze voor hetzij invoering van onmiddellijke werking, hetzij handhaving van de terugwerkende kracht. Rechtsgebieden, rechtsverhoudingen en regels verschillen tezeer als zou hier een eenheid kunnen worden bereikt.